

Zwei Schritte vor, einer zurück

Christian Ernst

2020-04-21T07:57:28

Am 16. April um 18 Uhr sollte in Hamburg eine Versammlung unter dem Titel „Abstand statt Notstand – Verwaltungsrechtler*innen gegen eine faktische Aussetzung der Versammlungsfreiheit“ stattfinden. Zu ihrer Zulässigkeit erließen Verwaltungsgericht (VG) und Oberverwaltungsgericht (OVG) jeweils Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz. Unterschiedlicher hätten sie nicht ausfallen können, beide aber sind (auf ihre Art) bemerkenswert.

I. Keine Kooperation in Corona-Zeiten?

In Hamburg gilt nach § 2 I [HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO](#) (unverändert geblieben durch Änderung zum 20. April; im Folgenden VO) ein generelles Versammlungsverbot. Für Versammlungen unter freiem Himmel kann die Versammlungsbehörde in besonders gelagerten Einzelfällen auf Antrag Ausnahmen zu diesem Verbot zulassen, sofern dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist (§ 3 II VO). An dieser Entscheidung ist die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz fachlich zu beteiligen. Die Veranstalter baten am 7. April bei der Versammlungsbehörde um nähere Information zu den konkreten Voraussetzungen für eine Ausnahme. In ihrer Antwort erklärte die Versammlungsbehörde, sie wäre nicht verpflichtet, über die Bedingungen einer ausnahmsweisen Genehmigung Auskunft zu geben; ein „Kooperationsgebot wie im Versammlungsrecht“ gebe es in dieser Konstellation nicht.

Das versammlungsrechtliche Kooperationsgebot folgt unmittelbar aus Art. 8 GG und verpflichtet die Behörden, im Rahmen einer grundrechtsfreundlichen Verfahrensgestaltung nach einvernehmlichen Lösungen zu suchen. Dies gilt insbesondere auch in der Vorbereitungsphase. Und das Kooperationsgebot gilt umso stärker in Konstellationen, in denen die Veranstalter nicht lediglich ihre Versammlung anmelden müssen und die Behörde deren Zulässigkeit in Frage stellen kann, sondern es umgekehrt von vornherein einer positiven Behördenentscheidung bedarf, die von unklaren Voraussetzungen abhängt. Wenn dabei neben der Versammlungsbehörde weitere Behörden in das Verfahren eingebunden sind, gilt das Kooperationsgebot auch für diese. Eine Verweigerung zur Kooperation wird der Bedeutung und Tragweite der Versammlungsfreiheit nicht gerecht (vgl. jüngst [hier](#)).

Am späten Abend des 8. April beantragten die Veranstalter die Genehmigung der stationären Versammlung: mit Lautsprecher für Redebeiträge, im Übrigen in der „derzeit üblichen“ Gestaltung: etwa 25 ausgewählte Personen, keine öffentlichen Hinweise, 2 m Mindestabstand der Teilnehmer zueinander, Atemschutzmasken, Absperrung zum sonstigen öffentlichen Raum.

Die Versammlungsbehörde verweigerte die Ausnahmeerlaubnis am 14. April nachmittags. Sie begründete die Verzögerung seit dem 8. April damit, dass sie erst am 14. April die Bewertung der Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz erhalten habe. Diese hatte die Versammlungsbehörde allerdings auch erst am 14. April angefordert. Die Ausnahme wurde aus infektionsschutzrechtlichen Gründen versagt, weil eine Interaktion mit anderen Menschen bei einer Veranstaltung dieser Art und Größe nicht sicher ausgeschlossen werden könne. Die geplanten Schutzmaßnahmen der Veranstalter wurden als nicht ausreichend erachtet, insbesondere weil Versammlungsteilnehmer oder Dritte diese missachten könnten. Die Behörde schlug vor, u.a. die Teilnehmerzahl noch weiter zu reduzieren und auf den Lautsprecher zu verzichten, was die Veranstalter ablehnten.

II. Ein weitreichender Beschluss des VG

Mit [Beschluss](#) vom Mittag des 16. April verpflichtete das VG die Stadt Hamburg dazu, den Antragstellern die geplante Versammlung zu ermöglichen. Das Gericht ging von einem Anordnungsanspruch direkt aus Art. 8 I GG aus, weil es das generelle Verbot mit Ausnahmemöglichkeit in der VO mit hoher Wahrscheinlichkeit für unvereinbar mit der grundrechtlichen Versammlungsfreiheit hielt. Ein generelles Versammlungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt sei als wesentliche Entscheidung dem Gesetzgeber vorbehalten. Die getroffene Genehmigungsstruktur sei angesichts der Kombination unbestimmter Rechtsbegriffe, einer Ermessensregelung und der Unklarheiten, die damit bei der Anwendung einhergehen, auch unverhältnismäßig. Außerdem hatte das VG Zweifel, ob das derzeit allgemein herrschende Risiko einer Infektion tatsächlich ausreiche, um die Schwelle einer unmittelbaren Gefahr zu überschreiten, die nach der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung für ein Versammlungsverbot zwingend gegeben sein muss; zumindest bei der geplanten Versammlung sei eine solche Gefahr nicht zu erkennen. Im Übrigen nahm das VG eine umfangreiche Folgenabwägung anhand der geplanten Versammlungskonzeption vor und sah auch insofern kein derartiges Risiko.

Im Ergebnis überzeugt die Argumentation des VG, auch wenn man über einzelne Aspekte sicherlich diskutieren kann. Aber gerade darin liegt der große Gewinn des Beschlusses: Er lenkt den Blick auf eine Vielzahl verfassungsrechtlicher Fragen und Zweifel, die bislang in der gerichtlichen Praxis nicht die Aufmerksamkeit erhalten haben, die ihnen hätte zukommen sollen.

III. Die Reichweite der infektionsschutzrechtlichen Ermächtigung

Was allgemein die Rechtmäßigkeit solcher Ausnahmeregelungen angeht, deutet sich zumindest folgendes an: Regelungsstrukturen, die über die infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit die Genehmigung von weiteren Voraussetzungen oder einer Ermessensausübung abhängig machen, dürften sich weder mit der Ermächtigung in § 32 IfSG noch Art. 8 I GG vereinbaren lassen (in diese Richtung mittlerweile auch das VG Hamburg [an](#)

[anderer Stelle](#)). Maßnahmen, die auf anderen als infektionsschutzrechtlichen (versammlungsspezifischen) Erwägungen beruhen, können auf die allgemeinen Regeln des Versammlungsgesetzes gestützt werden, das insoweit abschließend ist.

Verordnungen nach § 32 IfSG dürfen zum Zweck erlassen werden, übertragbare Krankheiten zu bekämpfen („soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“, § 28 I 1, 2, § 32 S. 1 IfSG). Diesen Zweck deckt § 3 II 1 VO durch die Voraussetzung der infektionsschutzrechtlichen Vertretbarkeit ab. Welchem weiteren Zweck dient dann noch der besondere Einzelfall, der dazu führen kann, dass eine Versammlung, die infektionsschutzrechtlich vertretbar durchgeführt werden kann, trotzdem nicht zugelassen wird?

In der Praxis deutet sich an, dass ein besonderer Einzelfall angenommen wird, wenn die Versammlung mit ihrem spezifischen Zweck nicht auch zu einem späteren Zeitpunkt abgehalten werden könnte, sondern wegen eines Anliegens von besonderer Bedeutung unaufschiebbar ist. Damit wandelt sich aber das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht der Veranstalter zu einem Fremdbestimmungsrecht, weil dann eine behördliche Inhaltskontrolle des Versamlungsanliegens stattfindet. Auch die sonstige Nutzung des öffentlichen Raums (z.B. Fußwege benutzen, Parkbesuche) unterliegt, sofern die dem Infektionsschutz dienenden Kontaktbeschränkungen eingehalten werden, keiner zusätzlichen Begründungspflicht und Bewertung des Handlungsmotivs. Dies kann für die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG nicht anders sein und diese Form der Inhaltskontrolle ist auch nicht mehr vom Zweck des § 32 IfSG erfasst. Korrespondierend damit lässt Art. 8 I GG Genehmigungselemente zumindest für versammlungsspezifische Zwecke nicht zu. Vergleichbares gilt auch für die Ermessensregelung. Wenn eine Versammlung infektionsschutzrechtlich vertretbar ist (und nach der Systematik des Ordnungsgebers sogar ein besonderer Einzelfall bestünde), welche Aspekte sind dann noch nicht erschöpfend abgedeckt und könnten nach wie vor eine ermessensfehlerfreie Ablehnung der Versammlung ermöglichen?

Ein Vergleich der Maßstäbe ist es auch, der für das verbleibende Kriterium der infektionsschutzrechtlichen Vertretbarkeit entscheidend ist. Das VG hat dies in seinem Beschluss in überzeugender Deutlichkeit herausgearbeitet. Die infektionsschutzrechtlichen Anforderungen an Versammlungen müssen sich an den allgemein geltenden Regelungen für den Aufenthalt im öffentlichen Raum ausrichten. Warum steigt das Infektionsrisiko beim Aufenthalt von 25 Personen mit 2 m Abstand zueinander, wenn diese durch den Zweck der gemeinsamen Meinungsbildung verbunden sind?

Als Antwort wird typischerweise vorgebracht, dass ein dynamisches Versammlungsgeschehen eher das Risiko enger Kontakte birgt. Das kann zweifelsohne zutreffen, hängt aber entscheidend von der (räumlichen) Gestaltung der konkreten Versammlung ab. Werden jedenfalls die allgemeinen Kontaktregeln des Aufenthalts im öffentlichen Raum gewahrt, wird das Verhalten nicht deshalb riskanter, weil es sich um eine Versammlung handelt. Dafür spricht das Bedürfnis nach einem folgerichtigen und konsistenten Konzept zum Schutz der Gesundheit

(vgl. [BVerfG zum Nichtraucherschutz](#), Rn. 135). Die infektionsschutzrechtlichen Anforderungen für Versammlungen können deshalb nicht höher sein, als für sonstiges Verhalten im öffentlichen Raum. Die Möglichkeit, dass sich Teilnehmer oder Dritte an diese Regelungen nicht halten, muss dabei grundsätzlich unberücksichtigt bleiben. Pauschal Regelverstöße anzunehmen, zeugt einerseits von einem irritierenden Bild der Bürgerinnen und Bürger, das sich schwer in ein rechtsstaatliches Verfahren einpassen lässt, und andererseits wäre dann auch die Polizei dazu verpflichtet, den ordnungsgemäßen Ablauf einer Veranstaltung vor solchen Störungen zu schützen.

IV. Das OVG tritt auf den Plan

Die Versammlung wurde trotzdem vom [OVG](#) noch gestoppt. Kurz vor dem Versammlungsbeginn erhob die Stadt Beschwerde. Den Veranstaltern wurde dieser Schriftsatz 75 Minuten vor Versammlungsbeginn zugefaxt – an den Anschluss eines nicht mehr von ihnen benutzten Büros, der zuvor im Verfahren nicht genannt oder verwendet worden war. Etwa eine Stunde später traf das OVG seine Entscheidung. Zwar hätte seit dem ersten Antrag auf Genehmigung ausreichend Zeit bestanden, um auch ein Verfahren in zweiter Instanz angemessen und sachgerecht durchführen zu können, nun war den Veranstaltern eine Beteiligung aber faktisch nicht mehr möglich. Ironischerweise begann die 19-seitige Beschwerdebegründung der Behörde mit einem Verweis auf ihre fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten wegen zu geringer Zeit. Tatsächlich muss man sich aber die Frage stellen, unter welchen Bedingungen eine Entscheidung in solchen Fällen überhaupt noch getroffen werden kann und ob ein solcher Verfahrensablauf dem Anliegen und dem Rechtsschutz der Veranstalter gerecht wird.

Das OVG fügte dem Verfahren ein unerwartetes Element hinzu, indem es die Versagung der Ausnahmegenehmigung primär auf das [Hamburger Bannkreisesgesetz](#) stützte – die Versammlung sollte vor dem Rathaus und damit dem Sitz der Bürgerschaft stattfinden. Das OVG stellte fest, dass es weder von den Antragstellern vorgetragen noch sonst ersichtlich sei, dass eine Erlaubnis nach dem Bannmeilengesetz erteilt oder auch nur von den Antragstellern beantragt worden war. Damit war die Versammlung schon aus formellen Gründen verboten.

Es macht aber den Anschein, als sei sich das OVG dabei nicht über den praktischen Ablauf des Genehmigungsverfahrens (vgl. [hier am unteren Seitenende](#)) nach dem Bannkreisesgesetz im Klaren gewesen: Soll eine Versammlung innerhalb des Bannkreises stattfinden, prüft die Versammlungsbehörde die Voraussetzungen und übernimmt gegebenenfalls die Antragstellung für die Veranstalter. In ihrem Schriftsatz an das VG (auf den sie beim OVG vollumfänglich Bezug nimmt) weist die Behörde darauf hin, dass sie diesen Antrag auch tatsächlich gestellt hat und aus ihrer Sicht keine Gründe gegen eine Erlaubnis sprechen.

Da es sich insofern um eine gebundene Entscheidung handelte, musste der Hamburger Senat die Ausnahme erteilen (was er bis zum Vortrag der Versammlung nicht getan hatte). Das OVG legt seiner Ablehnung damit einen vermeintlichen Sachverhalt zugrunde, der das Gegenteil dessen ist, was tatsächlich passiert

ist. Und in der Sache könnte ein (rechtswidriges) Unterlassen des Senats auch nicht zu Lasten der Antragsteller gewertet werden, zumal die Genehmigung der Versammlung innerhalb des Bannkreises sogar vom streitgegenständlichen Anspruch abgedeckt war („Ermöglichung der Versammlung“).

Auch das OVG stützt seine Entscheidung darüber hinaus auf eine Folgenabwägung. Die Abwägung beschränkt sich jedoch auf pauschale Aussagen zur Bedeutung der in Rede stehenden Rechtspositionen. Das Bundesverfassungsgericht hat ein solches Vorgehen in den letzten Tagen mehrfach gerügt – schon [vor](#) aber auch [nach](#) Erlass des Beschlusses durch das OVG.

Das OVG sieht die Versammlungsfreiheit gegenüber dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit aus zwei Gründen zurücktreten. Zum einen sei das Verbot befristet und die Intensität des Eingriffs in die Versammlungsfreiheit deshalb abgeschwächt. Allerdings ist eben eine Versammlung gegen die fraglichen Maßnahmen auch nur jetzt zielführend und über das Zusammenspiel von Selbstbestimmungsrecht und Zeitpunkt ist hier schon gesprochen worden. Zum anderen sei es den Veranstaltern zumutbar, eine gemeinsame Meinungskundgabe in anderer Form, etwa im Wege digitaler Medien zu vollziehen. Die Versammlungsfreiheit ist aber kein bloßes Anhängsel der Meinungsfreiheit (vgl. [hier](#)) und die Intensität eines Eingriffs in die Versammlungsfreiheit kann nicht dadurch relativiert werden, dass man die Betroffenen auf die Möglichkeit verweist, stattdessen ein anderes Grundrecht auszuüben.

V. Fazit

Die konkrete Versammlung verhinderte das OVG zwar, aber ungeachtet dessen scheint sich das Momentum in diesen Tagen mehr und mehr auf die Seite der Versammlungsfreiheit zu schlagen. Dem Beschluss des VG ist zu wünschen, dass er in diesem Prozess weite Verbreitung erfährt und zu neuen Diskussionen und Überlegungen führt.

Der Autor hat die Veranstalter zu einzelnen Fragen rechtlich beraten. Zur Anfertigung dieses Beitrags konnte er alle anonymisierten Schriftsätze des Verfahrens auswerten.

